

## DAS SOCIEDADES COLIGADAS E CONTROLADAS

Darcy Bessone de Oliveira Andrade

Professor Catedrático de Direito Comercial da  
Faculdade de Direito da Universidade do Brasil.

O Direito Comercial vive agora um momento histórico, decisivo para os seus destinos.

Nascido nas corporações medievais, como um direito de classe, marcadamente subjetivista, procurou, mais tarde, desligar-se da pessoa do comerciante para objetivar-se no *ato de comércio*. A era industrial, entretanto, colocando a *empresa* no centro da fenomenologia econômica, criou condições para novas formulações, derivadas de revisões básicas. Surgiu, em consequência, um novo Direito Comercial, como direito da própria economia e envolvendo os fenômenos da produção e da circulação das riquezas. Muitos já prenunciam a substituição do secular Direito Mercantil pelo Direito da Empresa.

De qualquer modo, é certo, todavia, que o caráter *privatístico* do Direito oriundo dos costumes das antigas praças de comércio italianas perde a nitidez, sob a pressão de sua progressiva *publicização* ou, para alguns, até mesmo de certa *administrativização*, relacionada com a economia dirigida que agora se pratica. Tal evolução sofre, assim, a influência saudável, da compreensão de que, nas atividades produtivas, o social prima sobre o individual.

Já ninguém controverte a predominância da nota *publicística* no direito falimentar, por exemplo. Envolvendo, em larga medida, matéria processual e penal, desloca-se a falência do plano do direito privado para o do direito público. Logo e con-

sequentemente, os credores perdem a influência que antes exerciam tão intensamente no desenvolvimento do processo falimentar e, sobretudo, na concordata. Os transportes aéreos e marítimos marcam-se pelo interesse coletivo, relacionando-se com a economia geral e até mesmo internacional. Por isso, mesmo, o Direito Marítimo e o Aeronáutico não se deixam conter na área individualista do direito privado. Os problemas de câmbio e o de comércio exterior repercutem na vida de todo o país, subtraindo-se decididamente a qualquer pretensão de natureza privatística. Para desligar a sociedade, principalmente a anônima, das efêmeras pessoas dos sócios, uma doutrina lhe confere caráter *institucional*, vinculando-a mais à *empresa* do que aos homens, cada vez mais transitórios na vida empresária.

Em suma, a atual geração de comercialistas testemunha o histórico momento da desagregação das estruturas jurídicas oriundas de economia artesanal. Mas também se orgulha de participar da elaboração de novas dogmáticas, que atuarão como componentes de uma disciplina jurídica inédita, pelo menos sob muitos aspectos.

É o direito da economia moderna que desponta, como obra do século XX, depois da vigência quase milenar do velho Direito Mercantil.

A economia moderna suscitou combinações novas.

Interessando, antes apenas à ordem econômica, agora elas estão a instar por concepções, formas e normas que lhes assegurem condições de funcionamento regular.

Dentre elas, vamos isolar, para análise, as chamadas *sociedades coligadas*, bem como as *controladoras* e *controladas*. Todas estas, embora não reguladas ainda pelo direito positivo pátrio, ali se acham mencionadas (Ver a lei das sociedades por ações, art. 135, § 2.º; a lei do imposto de renda, art. 69, parágrafo único; o regulamento do imposto sobre lucros extraordinários, art. 8, parágrafo único; a lei do imposto do consumo, obs. n. 3, letra b, da tab. A).

A referência da lei a essa figura nascente opera a sua transposição do plano econômico para o plano jurídico.



Torna-se ponto urgente, pois, que o jurista passe a trabalhar êsse novo campo.

Mas, que é uma sociedade *coligada*? ou uma sociedade *controlada*? Identificar-se-ão, porventura, as duas figuras?

Informa *Ascarelli* que a origem da expressão sociedade coligada “se encontra no direito italiano, no livro de *Messineo, Società collegate*, Padova, 1932” (Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado, p. 533, nota I). Trata-se, ao que informa uma apreciação crítica da *Rivista del Diritto commerciale* (vol. XXX, parte I, p. 220), de uma “brevíssima monografia”, com que *Messineo* apenas iniciou a indagação jurídica sôbre “um tema excessivamente trascurato”. Pelo que se vê na nota, a monografia, que não conhecemos, cuidou tão sômente da figura da *societade em cadeia*, da qual, mais tarde, o autor voltaria a falar, no seu *manuale di Diritto Civile e Commerciale*, ao dizer que ocorre o “collegamento fra società” quando uma sociedade constitue uma outra, entregando-lhe, para a formação do seu capital, uma parte de suas próprias ações e recebendo, em troca, ações da nova sociedade em número superior à metade do seu total (§ 152, n. 3, e). Evidentemente, não se pode deduzir da descrição de uma espécie tão particularizada o conceito da *societade coligada*.

Dois anos depois de *Messineo*, *Vittorio Salandra* tentaria, em seu livro “*Il diritto delle unioni di impresi (Consorzi e gruppi)*”, sistematizar o novo tema, formulando-lhe a dogmática. Preocupou-se, especialmente, o mestre com a descoberta de um elemento comum a tôdas as *uniões de emprêsas*, para dêle extrair um conceito unitário. Supôs encontrá-lo na “*costituzione di una organizzazione collettiva tra imprese che conservano la propria individualità giuridica avente per oggetto la disciplina totale o parziale della loro attività economica*” (n. 23). Dêle extraiu o conceito unitário que procurava, nêstes têrmos: “le unioni di imprese sono vincoli giuridici stabili, volontari o forzosi, cui gli esercenti una attività economica che abbia carattere di imprese si sottopongono o vengono sottoporsi neli interessi comune, e il cui oggetto consiste nella disciplina totale o parziale, a mezzo di una organizzazione collettiva, della



suddeta attività, che viene esercitata individualmente” (obr. cit., n. 25). O próprio *Salandra* salientara, entretanto, a manifesta dificuldade de se reunirem em um único conceito jurídico fenômenos tão vários como são todos aqueles que produzem uniões de empresas (obr. cit., n. 19). Em magnífico artigo doutrinário, de crítica a essa tentativa de conceituação unitária, considerou *Tullio Ascarelli* que não haveria apenas dificuldades em reunir em um conceito único fenômenos tão diversos: haveria, sim, evidente impossibilidade de determinar-se um conceito capaz de abranger os *consórcios* e os *grupos*, categorias que se prestam a numerosas subdivisões. Admitiu que as duas ordens de fenômenos apresentam notáveis afinidades do ponto de vista econômico, comportando, inclusive, formas intermediárias, de transição. Mas, de outra parte, é também certo, acrescentou *Ascarelli*, que, se os *consórcios* visam disciplinar a *recíproca* concorrência dos empresários que deles participam, os *grupos* se organizam para concorrer com outros grupos ou empresas isoladas, valendo-se de formas que aparentemente asseguram autonomia às empresas que os integram. Essa diferença de objetivos impede, no sentir do jurista, a elaboração de um conceito único que abrace os *grupos* e os *consórcios* (“Le unioni di imprese”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXXIII — parte I, p. 152).

Dispensamo-nos da análise do conceito formulado por *Salandra* e da impugnação oposta por *Ascarelli*, porque não é a definição da *união das empresas*, mas, sim, a *coligação ou o controle de sociedades* que nos preocupa. A *empresa*, como atividade econômica organizada, pode, com efeito, ser exercida por pessoa física (firma individual) como por pessoa jurídica (sociedade mercantil). Esta, a sociedade, é uma forma de estruturação jurídica do agente ou empreendedor e se destina principalmente a separar patrimônios e campos de responsabilidade (Ver *Mário Casanova* — *Estudios sobre la teoria de la hacienda mercantil* — Trad. de Navas, n. 14). Não seria correto, pois, identificar-se o problema da *união de empresas*, assunto predominantemente econômico, com o da *coligação ou controle de sociedades*, que é questão eminentemente jurídica. Os as-



pectos de um e de outro tema são obviamente diversos. Convém deixá-los logo discriminados, inclusive como meio de determinação e delimitação do objeto da presente palestra, na qual não se incluem as atividades econômicas realizadas através dos *carteis*, *truste* ou *kozerns*. Limita-se êsse objeto à matéria especificamente jurídica. Entenda-se, porém, que, com a presente delimitação, não pretendemos negar caráter jurídico a certas relações decorrentes das *uniões de emprêsas*, tão penetrantemente analisadas por *Vittorio Salandra*. Desejamos tão somente restringir o tema ao seu enunciado.

Voltemos, porém, ao problema da *coligação*.

Êsse termo tem sido usado para indicar um gênero, do qual o *contrôle* seria espécie, o que quer dizer que, havendo controle, haveria *coligação*, mas também poderia haver *coligação* sem que existisse *contrôle*.

Com razão, salienta *Salandra*, em um outro livro (*Manuale di Diritto Commerciale*, vol. I, p. 283), que “i due concetti non sono identici, perchè il collegamento può esistere anche in condizioni di parità”, enquanto que “il cosiddetto controllo implica la dominazione di una società su di un'altra”.

A relação de gênero e espécie não se compadece, supomos, com o nosso direito positivo. A lei das sociedades por ações fala em “sociedades controladas ou coligadas” (art. 135, § 2.º), não incluindo as primeiras (como espécie) nas segundas (como gênero). Leis tributárias (art. 69, da lei do imposto de renda, e art. 8, parágrafo único, do regulamento do imposto de consumo), ainda mais nitidamente, excluem tal relação, pois que, mencionando “as firmas ou sociedades coligadas, bem como as controladoras e controladas”, deixam certo que estas não são espécies daquelas, isto é, das *coligadas*.

Aliás, lexicamente, o vocábulo *coligação*, do latim *colligatio*, significa aliança de várias pessoas, confederação, envolvendo a idéia de *reciprocidade*. Quando uma sociedade é controlada por outra, caracteriza-se a sujeição, a dependência, a posição verticalmente inferior.



Passa-se do terreno da *reciprocidade*, ou da *paridade*, para o da *hierarquia*. A sociedade controladora é acionista da controlada. O acionista não é *coligado* da sociedade, poderá sê-lo apenas dos demais acionistas.

Se, pelo menos no nosso direito, são figuras diversas as sociedades *coligadas* e as *controladas* e *controladoras*, torna-se ponto urgente conceituá-las, inclusive para que do conceito resultem os elementos discriminatórios das duas categorias.

No entender de *Ascarello*, haverá *coligação* quando uma sociedade fôr sócia de outra (Problema das sociedades anônimas e direito comparado, p. 354). A insuficiência do traço característico salta aos olhos menos argutos. Bastaria que uma sociedade fôsse titular de uma parcela mínima do capital de outra para que se verificasse a *coligação*! Não é preciso dizer mais para evidenciar-se a incorreção do conceito.

*Salandra*, referindo-se à *coligação* “in condizioni di parità”, diz que ela pode ocorrer “tra due società che possiedono reciprocamente una parte delle rispettive azioni o tra due società che concludono un patto de *reciproca* partecipazione agli utili” (Manuale, vol. I, p. 283). A *reciprocidade* é apontada pelo comercialista nos dois casos que figura. Mas, primeiro, isto é, no referente à participação recíproca nos capitais das duas sociedades, também não precisa o autor qual o *gráu* da participação que seria suficiente para configurar-se a *coligação*.

A chave do problema talvez se encontre na tripartição dos grupos proposta por *Vito* (I sindacati industriali — Cartelli e gruppi), para quem eles podem resultar da *participação financeira* de uma sociedade em outra, da *união pessoal* produzida pela unidade de gestão ou da *convenção* entre duas ou mais sociedades.

No primeiro caso (*participação financeira*), o problema do *gráu* será decisivo. A participação sòmente produzirá uma situação nova, interessando ao direito, quando ela fôr suficiente para assegurar à participante o contrôle da sociedade que a sofra, porque, então, situar-se-ão em planos superpostos as duas entidades, uma na condição de controladora e a outra co-



mo controlada. Antes do ponto decisivo, entretanto, a participação será apenas um *fato*, sem consequências jurídicas específicas.

A *unidade de gestão*, por Vito denominada de *união pessoal*, é freqüente nos grupos financeiros. Sendo os mesmos os grandes acionistas de várias sociedades, êles, dispondo do poder de prover os órgãos diretivos de tôdas elas, escolhem pessoas afinadas por um mesmo pensamento, obtendo, assim, uma gestão uniforme ou unitária. Nêsse caso, não há uma sociedade controladora de outras, situadas em planos inferiores, mas sociedades dispostas em um só plano e com o comando substancialmente unificado, a despeito da autonomia formal ou simplesmente aparente. A *paridade* e a *reciprocidade* são traços contraditórios na espécie. As sociedades são, por isso mesmo, *coligadas*, sob a égide de um destino econômico comum, que é precisamente o do *grupo financeiro* por elas formado.

Pode-se atingir resultado idêntico através da *convenção* que, como instrumento normativo, vincule várias sociedades no tocante a interesses que lhes sejam comuns. Formam-se, assim, os chamados *consórcios*. Ainda aqui, não haverá domínio de uma sociedade por outra, mas *paridade* e *reciprocidade* entre as pactuantes. Haverá *coligação*, portanto.

O *contrôle* produz relação vertical, hierárquica, enquanto que a *coligação* suscita relação horizontal, porque recíproca e paritária.

Entendidas assim, sob o aspecto conceitual, as duas figuras, logo se apresenta uma outra questão: será o assunto do interesse apenas do economista ou também está a reclamar a atenção do jurista?

Uma resposta singela poderia ser dada à indagação: se a lei menciona as sociedades *coligadas* e as *controladas*, ela mesma as inclui no mundo jurídico. Não se tratará, então, de simples *fatos* econômicos, com efeitos apenas na esfera interna de um determinado sujeito, mas, sim, de atos que, interessando a várias esferas patrimoniais, produzem relações jurídicas.

Aprofundando a análise, logo se percebe, ainda um fato por si mesmo suficiente para atrair a atenção do jurista: a *for-*



ma jurídica, nas coligações e contrôles societários, não corresponde à substância que se propõe a revestir, porque, se formalmente as sociedades se apresentam autônomas, *substancialmente* elas se integram, unificam-se, formam um grupo. Ontologicamente, não se discriminam.

Há mais de vinte anos, *Carnelutti*, tratando do novo problema da *coligação* e do *contrôle* societários, observava que o “controllo di legalità formale” não era suficiente para salvar os fins visados pela lei. Sugeriu que ele fosse completado através do “controllo della legalità sostanziale” (“Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXIV parte I p. 176). O mesmo pensamento inspirou o artigo de crítica ao livro de *René David* — “La protection des minorités dans les sociétés par actions” — de autoria de *Tullio Ascarelli* e publicado em 1930 (“sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXVIII, parte I, p. 735). *Enrico Finzi*, logo depois, em 1932, viria integrar-se na corrente carnelutiana, observando que “la persona società ha un’autonomia soltanto formale; sostanzialmente è schiava, mercede l’asservimento degli amministratori, della società dominante”. Registrando que uma só vontade domina e guia o todo, pergunta: “deve prevalere la pluralità formale o l’unità sostanziale?”. Rematando, *Finzi* ainda considerou que, se a concentração industrial exprime necessidade econômica, “la igiene delle società non costituisce necessità minore” (“Società controllate”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXX, parte I, p. 462).

Em 1935, *Salandra* também se mostrava sensível ao problema, notando que uma legislação obsoleta concebeu a anônima “atomisticamente e democraticamente come società di uguali, mentre la loro vera natura è oligarchica o addirittura autocratica”. O caráter prevalentemente formalístico do ordenamento jurídico ignora essas realidades subjacentes (“I diritti degli azionisti di minoranza nelle società controllate”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXXIII, parte II, p. 352).

Ainda no mesmo ano, erguia-se a autorizada voz de *Cesare Vivante*, propugnando por uma nova construção jurídica



ca que tome em consideração todo o grupo econômico, na sua constituição e no seu exercício, e sugerindo, ainda, a formulação de uma “disciplina legislativa in corrispondenza com questa funzione unitaria animata dallo scopo de regolare collettivamente la produzione” (“La società finanziarie — holding — e la loro responsabilita”, in Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXXIII, parte I, p. 593).

Êsses pronunciamentos traduzem a inquietação dos juristas em face do artificialismo a que novos fenômenos econômicos conduziram encanecidas formas jurídicas. Todos registram que os instrumentos formais já não servem às novas realidades *substanciais*. Impõem-se, por isso mesmo, outras elaborações.

A política legislativa, em face do problema, tem variado de país para país. De algum modo, ela sofre a influência das concepções autoritárias ou liberais informativas dos respectivos regimes.

De um modo geral, entretanto, admite-se que a matéria afeta o interesse coletivo e, em consequência, encontra espaço no direito público, pelo menos sob certos aspectos. São ênfase especial ao interesse coletivo, as leis que, não se contentando com as sanções *civis*, recorrem ainda às sanções de caráter *penal*. Convém considerar, porém, que quase sempre as leis repressivas preocupam-se mais com os abusos do poder econômico, caracterizados através dos *cartéis*, *trustes* e *kozerns*, não punindo, entretanto, as coligações ou controles de sociedades que não envolvam tais abusos. Referindo-se ao conteúdo econômico dos acôrdos ou arranjos e abstendo-se de disposições sobre as formas jurídicas que assumam, essas leis não apresentam aspectos de maior interesse para a dissertação que estamos fazendo. Nêsse caso, incluem-se: a) — a common law anglo-saxonea, que desde 1600 combate os monopólios, bem como a lei inglesa de 1948; b) — o *Sherman Act* americano (1890), que reprime os *trusts* e demais expedientes destinados a restringir o comércio ou o tráfico entre os diferentes Estados ou com nações estrangeiras; c) — a legislação francesa (lei *Chapelier* — 1791, Código-Penal 1810, modificado por lei de 1926);



d) — a legislação alemã (1923, 1930 e 1933); e) — a legislação italiana (leis ns. 834, de 1932, e n. 163, de 1934); f) — a lei argentina n. 11.210, etc.

Mais de perto falariam ao tema certas leis estaduais americanas (New York — 1811, Illinois — 1840, Maryland — 1806 e Pensilvânia — 1874) que, reproduzindo princípio da *common law*, estabeleceram que, salvo o caso de autorização legislativa especial, uma *corporation* não podia ser acionista de outra ou que, ao contrário, autorizaram expressamente a tomada por uma sociedade de ações de outra (New Jersey — 1892 e 1899, seguida por outros Estados). Também impõem-se aqui a menção do *Clayton Act* (1914) que proibiu a uma sociedade tornar-se acionista de outra, quando a tomada das ações importe em restrição à concorrência ou crie monopólio e, ainda, estabeleceu que nenhuma pessoa pode ser, simultaneamente, diretor ou funcionário de mais de um banco ou companhia de *trust*, quando reunidas certas condições.

Os preceitos dessas leis, meramente autorizativos ou proibitivos, não fornecem, porém, elementos que possam ser úteis à contrução jurídica ou à disciplina legislativa do assunto, sugeridos por *Vivante*. O terreno é baldio. Tudo está por construir.

Apenas convém assinalar que a tendência de combate indiscriminado às combinações societárias ora em exame deixou-se substituir pela inclinação, agora generalizada, no sentido de distinguir entre os expedientes abusivos e os legítimos ou, pelo menos, toleráveis, para cingir-se a repressão tão somente aos primeiros.

No direito brasileiro, à própria referência de algumas leis (lei das sociedades por ações, lei do impôsto de renda, regulamento do impôsto de lucros extraordinários, lei do impôsto do consumo) às sociedades *coligadas* e *controladas* as torna legítimas.

Como reminiscência histórica, cabe recordar o decreto-lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, que declarava contrários aos



interesses da economia nacional, “a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cotas, ações ou administração nas mãos de uma empresa ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas”, desde que de tais atos resultasse ou pudesse resultar elevação de preços, restrição, cerceamento ou supressão da liberdade econômica de outras empresas ou influência no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio (art. 1.º, V). Criou o mesmo decreto-lei a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), que poderia decretar a intervenção “em todas as empresas envolvidas nos atos ou fatos julgados contrários à economia nacional” (art. 3.º). A Exposição de Motivos do aludido diploma indicou, como fontes de suas disposições, a legislação americana *anti-trust* e, ainda, leis do Canadá, da Austrália, da Alemanha, da Suécia, da Noruega e da Nova Zelândia. O decreto-lei n. 7.666, baixado quando se achava mais acêsa a luta contra o regime de 1937, foi arguido de inoportuno e suspeito. O novo regime, antes que ele fôsse aplicado, o revogou (decreto-lei n. 8.167, de 9-11-1945).

No ano seguinte, a Constituição de 1946, nessa parte sob a influência do então deputado e antigo Ministro da Justiça que referendara o decreto-lei n. 7.666, o Sr. *Agamenon Magalhães*, trouxe uma formula ampla de impugnação ao *abuso do poder econômico*, ao dispor:

“A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou *agrupamentos de empresas* individuais ou *sociais*, seja qual fôr a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (art. 148).

Logo depois, o mesmo deputado *Agamenon Magalhães* oferecia à Câmara o projeto de lei, que tomou o n. 122, destinado a regular e reprimir os abusos do poder econômico. O autor do projeto definiu o seu pensamento sobre o tema em várias oportunidades, especialmente na conferência que, em 22 de junho de 1942, proferiu no Clube Militar (Revista Forense, 124/601).



O projeto sofreu combate enérgico, fundado principalmente na alegação de que uma economia sub-desenvolvida, como a brasileira, não oferecia ainda condições para a ocorrência de fenômenos de concentração econômica, próprios do *supercapitalismo* vigente em outros países (Vide o parecer emitido pelo Deputado Aldo Sampaio na Comissão de Indústria e Comércio — in Revista Forense, 122/592). O projeto não se converteu em lei. Mais tarde, em 1955, sob o n. 3, êle voltou a ser oferecido à Câmara, agora pelo Deputado *Paulo Magalhães*. Organizada, para o estudo do assunto, uma Comissão Especial, esta tomou alguns depoimentos a respeito, principalmente, da existência de práticas monopolísticas no país e da forma mais eficiente de combatê-las. Foram ouvidos o economista *Alexandre Kafka*, o Professor *Hermes Lima* e o penalista *Nelson Hungria*. Em seguida, o relator, Deputado *Adaúto Lúcio Cardoso*, após analisar vários aspectos do grave problema, ofereceu um substitutivo. O documento reputa crime de abuso do poder econômico “os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais e agrícolas ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, com o fim de controlar a política econômica da vendedora ou da compradora, ou de empresas dependentes de uma ou outra, ainda que na ausência de acôrdos diretos entre os interessados e desde que tais atos tenham por fim a prática dos abusos previstos nesta lei”, bem como a incorporação, fusão, associação ou agrupamento, sob qualquer forma, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cotas, ações ou administração nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas, ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, com o fim de praticar qualquer dos atos de abuso do poder econômico definidos nesta lei” (Diário do Congresso Nacional, de 19-3-1957, p. 1.190). O projeto ainda tramita na Câmara dos Deputados.

Antes da promulgação da Constituição vigente, a lei sobre os crimes contra a economia popular (decreto-lei n. 869, de 18-11-1938) havia declarado criminoso o fato de alguém “promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, *aliança* ou *fusão de capitais* com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em ma-



téria de produção, transporte ou comércio” (art. 2.º, III), bem como “exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou *societade* do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência” (Art. 2, VIII). Esses, textos, que a atual lei sobre crimes contra a economia popular reproduziu (lei n. 1521, de 26 de dezembro de 1951), inspiraram-se em preceitos, parcialmente semelhantes, do *Clayton Act* americano (1914).

Tais normas, como excelentemente demonstrou o juriconsulto *Antão de Moraes* (Revista Forense, 121/45), somente se opõem às combinações societárias quanto estas se realizem com o fim de impedir ou dificultar a concorrência e para o efeito de aumento arbitrário de lucros, elementos esses indispensáveis à caracterização do crime.

A repressão *penal*, preocupando-se especialmente com os abusos do poder econômico que lesem os interesses populares, situa-se no plano do direito público.

Outros aspectos das aludidas combinações, especialmente as que envolvam os interesses dos acionistas ou do Fisco, atraem a atenção do Direito Comercial e do Direito Tributário. Dêles, ainda que sumariamente, vamos nos ocupar dentro em pouco.

Antes, porém, torna-se oportuno o exame da fisionomia jurídica de tais combinações.

*Messineo* viu na sociedade controlada uma *simulação*, tendo por objeto menos o ato constitutivo do que os efeitos da sociedade, porque, embora existindo a sociedade, os efeitos dela seriam fictícios, já que a *societade-filha*, sem liberdade real de movimentos, constituiria apenas uma projeção ilusória da *societade-mãe*. Faltar-lhe-ia, em suma, vontade própria. *Paolo Greco* entende que, se *Messineo* admite a realidade do ato constitutivo e, portanto, a existência do ente, o só fato de sofrer este uma influência externa não pode convertê-lo em *simulado*, nem mesmo quanto aos efeitos tão somente (“Le società di comodo e il negozio indiretto” — In Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXX parte I, p. 757).

Melhor, no tocante ao assunto, parece ser a posição de *Túlio Ascarelli*, que descobre em tais arranjos societários uma



forma de *negócio indireto*, que ocorre quando as partes recorrem a um determinado tipo de negócio jurídico não para alcançarem o escôpo que lhe é peculiar, mas, sim, para obterem resultados que normalmente não são próprios da estrutura jurídica adotada (Ver "Contratto misto, negozio indiretto, negozio mixto cum donatione — In Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXVIII, parte II, p. 462, e também o citado artigo doutrinário de *Paolo Greco*). Especialmente na *holding* pura, a sociedade, assumindo um papel puramente financeiro, não se destina a exercer atividade própria. Existe apenas para governar outros entes societários, o que não é próprio das sociedades. Valem-se, assim, os fundadores de sociedades controladoras de uma forma jurídica para alcançarem resultados diferentes daquele que normalmente se destinam a produzir. Trata-se, assim, de típico *negócio indireto*.

Problema relevante é o da *proteção à minoria*, em face dos expedientes que estamos analisando. Convém considerar, entretanto, que ele não se apresenta apenas nas sociedades *coligadas* e *controladas*. Ocorre sempre que um grande acionista, um grupo majoritário ou um sindicato de acionistas domine a sociedade, dispondo de meios para governá-la mais sob a inspiração dos próprios interesses do que segundo as conveniências do interesse social ou da totalidade dos acionistas.

O caso extremo de domínio da vida societária é, sem dúvida, o das sociedades que, pela concentração das ações nas mãos de um só acionista, se tornem *fictícias*. Mas logo passou a causar preocupações uma outra espécie, próxima da *sociedade fictícia*, que é a sociedade anônima dita *de comodo*. Nesta, embora permaneça o número mínimo de sócios exigido pela lei, a participação deles no capital social, excetuada a do grande acionista, é tão reduzida que *substancialmente* a sociedade é de *um só acionista*.

Isso ocorre na *holding company*, arranjo fundado na concentração das ações da *sociedade-filha* nas mãos da *sociedade-mãe*.

A mesma concentração se verifica nas *sociedades de economia mixta*, com a diferença de que, neste caso, o controlador



é um ente público, não havendo, portanto, *sociedade* controladora.

A questão da proteção à minoria só nos interessa, no momento, sob um aspecto, a saber: o do sacrifício dos interesses da minoria por efeito de deliberações da maioria inatacáveis do ponto de vista formal. Este, o problema novo, pois que, quando se violam os textos legais ou estatutários de proteção à minoria, a solução se encontra com facilidade no direito tradicional.

*Carnelutti*, considerando que o instituto da sociedade situa-se na zona de confinação do direito privado e do direito público, convida o jurista a alargar o horizonte visual, para fora do campo estrito do direito privado à procura de luzes que aclarrem o tema da proteção à minoria. Lembra que assim é que se procede sempre que se passa da área dos interesses *individuais* para a dos interesses dos *grupos*. *Convém*, então, paragonar o regime das impugnações das assembleias gerais das anônimas com certas formas análogas que pululam no território do direito público ou nas zonas que com este confinam. A distinção entre *contrôle de legitimidade* e *contrôle de mérito*, estabelecida pelos juspublicistas, inclue-se entre as soluções que podem ser úteis à dilucidação do assunto. É certo que a maioria comanda, mas também é certo que a lei lhe concede êsse poder no interesse da própria sociedade, vista como um ente unitário, não em benefício de uma de suas parcialidades, mesmo que esta seja a majoritária. Um administrativista, prossegue o mestre genial, não se contentaria, ao examinar uma decisão da maioria, apenas com o fato de ser ela obra da maioria. Habitado a operar com o conceito do *excesso de poder*, decorrente do *contrôle de legitimidade*, cuidaria logo de aprofundar a investigação, para virificar se o ato, embora revestindo a forma estabelecida pela lei, não derivou de um fim oposto ao visado pela lei, sendo, assim, formalmente legal, mas substancialmente ilegal. Aparentemente investigaria a conveniência do ato, o que é próprio do *contrôle de mérito*, mas, na realidade, o exame do *mérito* seria apenas um meio para descobrir o fim do ato e verificar se êle colide com o fim querido pela lei, ocorrendo, na afirmativa, um vício de *legitimidade*. O *excesso de poder* é uma *species* de viola-



ção da lei, ainda que de apuração mais sutil, porque dependente da determinação do *fim* da lei e do *fim* do ato, para confrontá-los. Nota ainda *Carnelutti* que a lei pode conceder poderes ao homem para a defesa dos *próprios interesses* ou para a defesa de *interesses alheios*, distinguindo-se, em consequência, os *podêres-direitos* e os *podêres-deveres*. O acionista conta com ambos, mas, sendo a assembléia um órgão da sociedade, não dos acionistas individualmente, o acionista, ao deliberar em assembléia, está investido de um *poder-dever* para votar no interesse de outra pessoa, que é a sociedade. Por isso mesmo, a maioria não pode orientar-se pelo próprio interesse, mas, sim, pelo interesse da totalidade dos acionistas, quer dizer: da sociedade. Se sotpõe esse interesse ao próprio, comete *excesso de poder* e, cometendo-o, viola a lei, por desrespeito ao fim do que ela persegue. Pode, portanto, o acionista arguir a *ilegitimidade do ato*, com base no vício do *excesso* ou *desvio de poder* (“Excesso di potere nelle deliberazioni dell assemblea anonime — In Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXIV, parte I, p. 176). A tese carnelutiana foi aceita, com algumas modificações secundárias, por *Ascarelli* (“Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni — in Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXVIII, parte I, p. 735), *Ferri* (“Excesso di potere e tutela delle minoranze” — in Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXXII, parte I, p. 723) e outros. Também encontrou impugnações, opostas por *Scorza* (“L’excesso di potere come causa di invalidità delle deliberazione d’assemblea delle anonime” — in Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXXI, parte I, p. 645), *Landi* (“il cosi detto accesso di potere nelle società anonime” — in Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXXV, parte I, p. 131), *Salandra* (“I diritti degli azionisti de minoranza nelle società controllate” — in Rivista del Diritto Commerciale, vol. XXXIII, parte II, p. 352) e outros. Objetam esses doutores que a teoria do *excesso de poder* está intimamente ligada a predominância do interesse público no campo do direito público, não comportando transposições para o do direito privado. Acrescentam que o interesse da sociedade é livremente definido pela assembléia geral, porque só esse órgão pode apreciar as conveniências econômicas da empresa. O *contrôle de legitimidade*, proposto por



*Carnelutti*, dizem por fim, autorizaria o juiz a intrometer-se em assuntos que só os próprios interessados poderiam conduzir de modo satisfatório.

Através, inclusive, da análise da jurisprudência francesa, *René David* ("La protection des minorités, dans les sociétés par action"), percorrendo outros caminhos, chegou a conclusões não muito distantes das propostas por *Carnelutti*, afirmando que o sócio vota como *órgão social* e exerce, ao fazê-lo, *função social*, pelo que deve ter em vista o interesse da sociedade, com o qual há de conformar-se o interesse dêle próprio.

*Vivante*, insurgindo-se também contra o *abuso de poder* cometido pela controladora, ao converter a controlada em instrumento de sua própria vontade, com o sacrifício dos interesses dos acionistas da última, pretende encontrar na teoria da *culpa* a base jurídica para o ressarcimento dos prejuízos decorrentes ("Le società finanziare — holdings — e la loro responsabilità" — in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXXIII, parte I, p. 593).

Referindo-se a um *mandato de maioria*, conferido pelos fundadores e subscritores dos estatutos aos acionistas, *Saverio Janne* entende que os poderes dos mandatários são restritos às deliberações vantajosas para o interesse social. A delegação não é de caráter absoluto e deve exercer-se de boa fé. Podem ser reprimidos, pois os abusos cometidos pela maioria ("il diritto delle minoranze nelle società anonime" — In *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXVIII, parte I, p. 78).

Não é necessário alongar mais a pesquisa. As opiniões referidas trazem uma nota constante: a preocupação de encontrar-se um meio técnico idoneo para resguardar os interesses da minoria, também quando as decisões da maioria, embora *formalmente* perfeitas, se mostrem *substancialmente* ilegítimas, como sucede no caso de solução adotada em proveito da controladora e desatenta aos interesses dos acionistas minoritários.

A separação *formal* dos patrimônios e das responsabilidades das sociedades coligadas, ou controladoras e controladas, constitui outra fonte de graves dificuldades.



*Substancialmente*, os patrimônios pertencem a um mesmo grupo, que os governa de modo uniforme e unitário. Mas *formalmente* eles são, separadamente, das várias sociedades integradoras do grupo.

Consequentemente, em face de terceiros, há *autonomia patrimonial*, não repercutindo no patrimônio de uma sociedade as responsabilidades assumidas pelas demais. A posição das coligadas e das controladoras é, assim, mais segura do que a dos sócios solidários, que respondem pelas dividas sociais e se submetem aos efeitos da falência da sociedade.

Isso significa que os resultados positivos aproveitam ao grupo, que, não obstante, podem, mediante certos arranjos, subtrair-se aos riscos e às perdas, ainda quando estas repercutem em patrimônios alheios.

Não caberia nesta dissertação a indicação casuística das numerosas dificuldades práticas que podem decorrer da contradição interna dos grupos, produzida pela *pluralidade formal* das sociedades ao lado da *unidade substancial ou econômica* das empresas.

Apenas como exemplos, algumas podem ser lembradas:

- a) — conservação do comando nas *sociedades em cadeia*, a despeito da redução progressiva do capital da controladora;
- b) — prejuízo dos acionistas minoritários ou dos credores resultante da aquisição do patrimônio de uma sociedade por outra coligada ou de arranjos que concentrem as perdas em uma delas;
- c) — empréstimo a diretor da controladora pela sociedade controlada (art. 119, parágrafo único, do decreto lei n. 2.627);
- d) — negociação de ações da controladora através de sociedades controladas (art. 15, do mesmo decreto-lei);
- e) — subscrição recíproca de ações por diversas sociedades;



- f) — constituição de sociedade controlada, para nela descarregar a controladora obrigações suas.

Em direito fiscal, também as combinações em exame podem engendrar embaraços.

A lei do impôsto de renda dispõe que “as firmas ou sociedades coligadas, bem como as controladoras e as controladas, deverão apresentar declaração em separado, quanto ao resultado de sua atividade” (art. 69, parágrafo único). Idêntica disposição consta do regulamento do impôsto sôbre lucros extraordinários (art. 8.º, parágrafo único). O art. 19, § 2.º do mesmo regulamento, dispõe ainda que, “no caso das coligadas, controladoras ou controladas, o lançamento será feito em nome de cada uma delas”.

Atende-se, nessas normas, à *autonomia formal* das sociedades, com abstração de sua *unidade econômica* ou *substancial*, base do grupo que integram. A lei inglesa, para efeito tributário, trata como uma sociedade única as sociedades agrupadas quando a sociedade-mãe possua 90% das ações das sociedades-filhas. Nos Estados Unidos, a controladora deve fazer uma declaração única, abrangendo as controladas.

Como notam *Tullio Ascarelli*, *Rubens Gomes de Souza* e *João Batista Pereira de Almeida Filho* (“Lucros extraordinários e impôsto de renda”, p. 222), a diversidade jurídica das sociedades, economicamente unidas, pode propiciar ao contribuinte oportunidade à prática de fraudes, dificilmente reprimíveis enquanto, em homenagem ao aspecto formal, forem consideradas autônomas e patrimonialmente distintas.

Não poderíamos alimentar a pretensão de oferecer uma solução para o novo problema suscitado pela economia moderna, de tipo capitalista.

Julgamos que prestaríamos algum serviço colocando o assunto em pauta, porque, entre nós, medíocre é a atenção que se lhe tem dedicado.

Aspiramos principalmente a provocar o debate do tema, para que os caminhos se iluminem, espancando-se as trevas que agora o envolvem.



Repitamos aqui a alta palavra de *Vivante*, a propósito da nova realidade que está a desafiar a argúcia do jurista:

“Probabilmente si formerà per opera dell’esperienza e della dottrina una nuova costrazione giuridica che prenda in considerazione l’intero gruppo economico nessa sua costituzione e nel suo esercizio; forse si formerà una nuova disciplina legislativa in corrispondenza con questa funzione unitaria, animata dallo scopo di regolare collettivamente la produzione. Si imporrà allora probabilmente al gruppo una speciale denominazione che non sia quella oggi imposta alle anonime, ad evitare una pericolosa confusione fra le singole società che esercitano un’industria, e quella centrale che si occupa del finanziamento e del regolamento di tutto quelle comprese nel gruppo; si darà al gruppo una sola direzione, si formerà anche un solo bilancio, eguali i benefici distribuibili fra gli azionisti reggruppati, un solo e totale controllo” (“Le società finanziarie — holdings — e la loro responsabilità” — in *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. XXXIII, parte I, p. 593).

Eis aí algumas sugestões de um eminentíssimo comercialista. Poderão elas constituir-se em ponto de partida.

O conteúdo econômico do novo fenômeno vem sendo analisado pelos economistas, principalmente neste século e em consequência da importância que ele assumiu na América do Norte e em relação à própria economia mundial.

A sua projeção no plano jurídico, entretanto, não tem atraído as atenções com idêntica intensidade.

*Vivante* profecia uma nova construção jurídica e uma nova disciplina legislativa como obra da experiência e da doutrina. Melhor diria, talvez, por meio de uma doutrina trabalhada pela *experiência*.

Então, São Paulo, onde se concentram e se desenvolvem as forças produtivas mais importantes do país, é o campo natural e espontâneo da experiência e da doutrina consequente. É nês-



te laboratório vivificante que terá de formular-se a construção jurídica, da qual resultarão as bases da disciplina legislativa a que se referiu o doutíssimo comercialista italiano.

Sinto-me agora portador de uma mensagem do Brasil à indústria e à cultura jurídica de São Paulo. É a mensagem de convocação a uma economia nova e poderosa para que, produzindo tantas e tão grandiosas coisas, produza também as formulas que o tema exposto está a reclamar com grande urgência.

---